
PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE, ÔNUS DA PROVA E AUTOTUTELA : O QUE DIZ A CONSTITUIÇÃO ?

José Sérgio Monte Alegre. Professor de Direito Administrativo na UNIT; Professor da ESMESE e ex-Professor da UFS. Procurador-Geral do Ministério Público Especial Junto ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.

O Estado, pelos seus órgãos administrativos e no tocante à imposição das leis administrativas, estaria na mesma posição perante os tribunais que os indivíduos no tocante à imposição das leis civis e das leis penais? Bastaria ao Estado-Administração argüir o comprometimento da estética urbana para, no exercício do Poder de Polícia, interditar construção particular e, em caso de resistência do proprietário, executar a sua decisão independentemente de intervenção prévia do Poder Judiciário, restando àquele buscar a invalidação do ato em juízo para, somente assim, livrar-se da interdição? Estabelecido em lei que a produção e venda de fogos de artifício somente pudessem ser realizadas mediante prévia manifestação aquiescente da autoridade administrativa, e constatado que determinado indivíduo leva adiante empreendimento de produção e venda desses fogos independentemente da aquiescência, estaria a autoridade administrativa habilitada a ordenar-lhe a interrupção da atividade, por ela qualificada de ilícita, e a seguir executar a correspondente sanção, sem o concurso do juiz? Acudiria em favor daquela a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo? O ônus de provar o contrário caberia aos administrados? O encargo de desmentir a Administração ficaria com o inconformado, tudo sem prejuízo da plena eficácia ou exequibilidade do ato? Ou para que a ocorrência do delito fosse averiguada e a sanção infligida, haveria necessidade de a autoridade administrativa socorrer-se da assistência do juiz?

Sem dúvida, não careceria a autoridade de socorrer-se previamente da jurisdição, é o que diz a doutrina dos especialistas (do contrário não

haveria tal presunção nem o correspectivo dever de provar o reverso). Leia-se: “ Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem o invoca. Cuide-se de argüição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia “. (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, págs.141/142, 22º edição, sem o destaque em negrito).

Aqui, a unanimidade impressiona. E muito.

Todavia, bem observadas as coisas, e aceita que seja a doutrina, um primeiro reparo haveria logo de ser feito: tecnicamente, não é de deslocamento da obrigação de prova, de inversão do encargo de provar, que se cuida, mas da transferência do ônus de acionar, isso sim. E até aqui nada de novo estaria acontecendo, a merecer registro em separado. Sim, porque a iniciativa da ação traz para o autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, salvo se é de fato notório que se cuida ou acobertado por presunção legal de existência ou de veracidade (art. 333, inciso I, c/c o art. 334, inciso IV do CPC). Essa é a regra prevalecente, não excepcionada sequer para a Administração Pública quando lhe ocorra a provocação judicial, como no caso da desapropriação.

Porém, ainda não seria esta a *vexata quaestio* e sim aquela de saber exatamente se existe essa transferência da obrigação de acionar e que acaba aproveitando a Administração Pública diante do administrado, pois em sua decorrência é que este vem a ocupar na relação processual a desconfortável posição de autor.

Deveras, ninguém ignora que onde esteja excluída, ao menos relativamente, a autodefesa, quando um indivíduo pretende fazer valer diante de outro o que considera ser o seu direito e nele encontra resistência, o que lhe cumpre, diante do conflito instaurado - alguém afirmando e alguém negando a existência de um direito -, é socorrer-se do Estado para ver reconhecida a legitimidade da sua pretensão e depois poder efetivá-la inclusive, se a recalcitrância persistir, com o uso da força física, quando for o caso. Não lhe é dado, salvo situações de vincada excepcionalidade, valer-se de seus próprios meios para tutelar a própria situação jurídica em que se encontra. E o Estado o acode pela via da jurisdição, exercida com privatividade pelos órgãos do Judiciário(art.5º, inciso XXXV, c/c com o art. 92, incisos I a VII, da CF), de acordo com o delicado esquema de separação de Poderes, entre nós de prestígio constitucional (art. 2º, idem

). Ou, na fórmula do Código de Processo Civil: “A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.” (art.1º). Daí se segue que a obrigação de acionar é de quem pretende fazer valer a pretensão e não de quem a deva suportar, e a sua posição no processo que se instaure será a de autor, a quem corre o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, salvo as exceções legais (art.333, I, c/c c art.334, IV, do CPC). Resumindo: a imposição da lei civil e da lei penal faz-se mediante o concurso antecipado dos tribunais. Haveria o mesmo na imposição das leis administrativas?

Aliás, vale a pena o registro, nada obstante o ostracismo atual do autor: “Quando a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser exercida, protege os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos. Quando esta proteção alcança um determinado mínimo, fala-se de segurança coletiva. ...Mas também podemos conceber uma noção mais restrita de segurança coletiva, falando de segurança coletiva somente quando o monopólio da coerção por parte da comunidade jurídica atinja um mínimo de centralização, por forma a que a autodefesa seja, pelo menos em princípio, excluída. É o que acontece quando se subtrai aos indivíduos diretamente implicados no conflito pelo menos a decisão da questão de saber se, num caso concreto, houve uma ofensa do Direito e quem é por ela responsável, para a deferir a um órgão que funcione segundo o princípio da divisão de trabalho, a um tribunal independente. “ (Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, Terceira Edição, Coimbra, 1974).

Esta é a regra geral, dominante, até mesmo em respeitoso obséquio à monopolização da coação pelo Estado. Não foi por outra razão que o sempre lembrado Miguel Seabra Fagundes definiu julgar como aplicar a lei contenciosamente, por oposição a administrar que consistiria na aplicação da lei de ofício. A contenda, o embaraço na realização do Direito, a oposição de interesses, o litígio, seriam pressupostos necessários desta peculiar função do Estado, a jurisdição, marcada pela isenção, pela independência e pela força definitiva dos atos que a expressam, formalizados sob a forma de sentenças ou acórdãos. Confira-se:

“ De passagem, já dissemos que os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isto é o que se chama função jurisdicional, ou simplesmente jurisdição, que se

realiza por meio de um processo judicial, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides”. (José Afonso da Silva, no seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8ª edição revista, Malheiros, pág. 480). E mais à frente, na página seguinte: “A jurisdição é hoje monopólio do Poder Judiciário do Estado (art.5º, XXXV).”

Contudo, é a regra geral para quem? Para todos os sujeitos jurídicos? Para os particulares entre si, apenas? Para a Administração Pública, também? Ou a orgânica administrativa receberia da ordem jurídica favor não deferido aos indivíduos enquanto tais? Enfim, qual a posição da Administração Pública frente ao Direito e à Justiça?

Vejamo-la.

Consagrado o princípio da separação dos Poderes como uma das traves-mestras do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil (art.1º da CF), uma questão desponta e reclama adequado equacionamento: qual a posição da Administração relativamente ao Direito e ao Judiciário ?

Quanto ao Direito, nenhuma dúvida séria existe. Diferentemente da função legislativa que o produz sob a forma de lei, com o caráter de norma geral, abstrata e impessoal, originariamente inovadora da ordem jurídica, expressão do querer coletivo em que radica a soberania, a Administração, quer como organismo que atua, quer como específica atividade estatal, na qual dominam as notas do dever e da finalidade, lhe é inteiramente submetida. Mais ainda: é dependente de uma habilitação legal anterior como condição para a sua válida manifestação, assentado que para ela não existe uma situação básica de liberdade originária, a partir da qual a lei compareceria como limite externo de atuação, à semelhança do que acontece com os indivíduos. Daí se segue o princípio da legalidade enunciado em termos de que , para a orgânica administrativa, o que não está permitido está, só por isso, proibido, com o que seria tecnicamente superfluo prescrever-lhe proibições. Realmente, são significativas, até pelas suas repetidas citações, as seguintes averbações:

“Administrar é aplicar a lei de ofício “ (M. Seabra Fagundes). Ou então: “Administração legal é aquela posta em movimento pela lei e exercida nos limites das suas disposições”(Fritz Fleiner). Mais: “Jaz, conseqüentemente, a Administração debaixo da legislação que deve enunciar a regra de Direito. “(Cirne Lima). Ainda: “No Estado de Direito, a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o

fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso de Direito Administrativo*, Décima Primeira Edição, pág. 631, a quem pertencem os excertos transcritos). Enfim: “ O princípio da legalidade atrás referido será aqui entendido no sentido que actualmente dá a doutrina a tal princípio. Isto significa que a administração está vinculada à lei não apenas num sentido negativo (a administração pode fazer não apenas aquilo que a lei expressamente autorize, mas tudo aquilo que a lei não proíbe), mas num sentido positivo (a administração só pode atuar com base na lei, não havendo qualquer espaço livre da lei onde a administração possa atuar como um poder jurídico livre)”, segundo lições recolhidas em J.J.Gomes Canotilho, no seu *Direito Constitucional*, Almedina, Novembro 1993, pág.909.

Todavia, no tocante ao Judiciário, qual a posição reservada à Administração? Até agora, é de excepcional prestígio no Brasil a teoria de uma Administração com aspiração a alguma auto-suficiência, construída sobre o fundamento da autotutela, da auto-executoriedade e da presunção de legitimidade do ato administrativo, retiradas do modelo francês de dupla jurisdição e no qual a Administração Pública é tradicionalmente beneficiada com a proibição de o Judiciário turbar por qualquer forma o funcionamento dos corpos administrativos, do que nos ocuparemos mais adiante. Houve até quem doutrinasse no sentido de que a interpretação de todo o Direito Administrativo assentava neste último pressuposto presunção de legitimidade), acrescido da discricionariedade e da desigualdade jurídica da Administração perante os administrados. Por apego à fidelidade do texto, leia-se:

“A nosso ver, a interpretação do Direito Administrativo, além da utilização analógica das regras do Direito Privado que lhe forem aplicáveis, há de considerar, necessariamente, esses três pressupostos: 1º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; 3º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público.” (Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 22º edição, pág. 38).

Autotutela essa que se desgarra daquela dos sujeitos privados, posto que individualizada por traços que a singularizam. Vai-se mesmo ao ponto de sustentar que os interditos possessórios são meramente facultativos para a Administração, armada que se acha de meios coativos próprios para resguardar-se patrimonialmente. Em apertada síntese: a Adminis-

tração estaria favorecida por predicado excepcional, qual seja o de ser sujeito capacitado para defender a si mesmo, desvencilhado de ingerência judicial prévia e que não se deteria diante de eventual impugnação de terceiros, pois a presunção de validade somente cede ao final, com o trânsito em julgado da decisão, e enquanto esta não sobrevém, segue-se executando a decisão administrativa. Noutras palavras: a insurgência do administrado não tolheria a atuação administrativa com a só interposição do pedido de impugnação perante o Judiciário. São expressivas a tal propósito as referências à autotutela como um princípio e à auto-executoriedade e à presunção de validade como atributos do ato administrativo, com toda a carga de significado que isso implica. Com efeito, “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre as diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá o sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.” (Celso Antônio, ob. cit., págs. 629/630).

Contudo, será assim mesmo? Haverá entre nós um princípio geral da presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo, no qual se possam justificar o regime da autotutela e a auto-executoriedade do ato administrativo? O que se pode extrair da Constituição a respeito? Sobre o modo de uma Constituição que entrega ao Judiciário o controle não apenas das medidas administrativas individuais ou gerais, senão também da própria legislação, em caráter abstrato ou no caso concreto? Deveras, não se tem como descurar que, neste ponto, a Constituição brasileira deixou-se educar na finíssima e bem inspirada tradição inglesa de que os direitos individuais só encontram bom resguardo no ramo judiciário do Estado. O sistema pátrio reúne as características inclusive do judicialismo perfeito, apontadas por Marcelo Caetano em sua obra princípios Fundamentais do Direito Administrativo :

“Nesse sistema, os tribunais com poder de proferirem sentenças com força de coisa julgada estão todos integrados no Poder Judiciário, submetidos à jurisdição de um Supremo Tribunal Federal que é o órgão máximo desse Poder. O judicialismo perfeito apresenta duas características fundamentais. A primeira está em pertencer ao Poder Judiciário a competência para conhecer e julgar as questões administrativas contenciosas, muito embora o sistema seja compatível com a especializa-

ção de tribunais administrativos, no mesmo plano em que admite tribunais cíveis, criminais, de família, do trabalho...Mas há uma segunda característica mais importante: no judicialismo perfeito, os órgãos administrativos ficam dependentes a todo momento da apreciação da juridicidade dos seus atos pelos tribunais que, a solicitação dos interessados e mediante processo sumário, podem emitir ordens ou mandados que os órgãos da Administração são forçados a acatar.” (págs.483/484,Forense, 1977).

Bem, logo a um primeiro momento, veja-se o exagero de reclamar para o Direito Administrativo, todo ele, como pressupostos de interpretação, critérios que somente favorecem a Administração, reforçando-a com cláusulas de exorbitâncias depressoras do indivíduo como centro subjetivado de direitos e obrigações. Com efeito, esse ramo do Direito, como disciplina peculiar da orgânica administrativa, não se define unicamente pelo ângulo da prerrogativa de autoridade, senão também, e até principalmente, pela perspectiva da garantia dos administrados, isso segundo depoimento insuspeito da História. Aliás, é o que consta da mensagem endereçada ao Governador do Estado de Sergipe pela comissão elaboradora do Código de Organização e de Procedimento da Administração Pública (lei pioneira no país, conforme bem anotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, no seu *Curso de Direito Administrativo*, décima segunda edição, pág. 417), verbis: “ Diga-se ainda da que, ao instituir o regime jurídico da orgânica administrativa e dispor sobre a sua atividade funcional, o Anteprojeto levou em conta não apenas a primeira inspiração histórica do Direito Administrativo, residente na necessidade de acautelar os indivíduos contra eventuais descomedimentos no exercício da função administrativa,...”.Daí decorre que não há apenas princípios que inauguram e robustecem os formidáveis privilégios administrativos. Há, *pari passu*, aqueles que resguardam, do mesmo modo e com idêntica intensidade, a esfera jurídica dos cidadãos. Da conjugação equilibrada de uns e outros pode-se falar da construção de uma verdadeira equação jurídica prerrogativas/garantias, em atenção sempre desperta a que a atuação administrativa coloca frente a frente dois adversários que se olham de soslaio e se atribuem as piores desconfianças: liberdade de um lado e autoridade de outro. Assim, e só para ilustrar, a) se reconhece à Administração o atributo da executoriedade do ato administrativo, porém, correlatamente, acode-se o indivíduo com a exigência do devido processo legal; b) admite-se a discricionariedade administrativa e, contudo, controla-se o seu legítimo exercício com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

ou proibição de todo excesso; c) concede-se a desapropriação, mas exige-se como condição de sua validade a indenização, regra geral, prévia e em dinheiro. Aliás, desse quadro comparativo fez José Roberto Dromi oportuníssima síntese ao escrever sobre Autoridade e Liberdade no Direito Administrativo, na *Revista de Direito Público*, vol. 59/60, págs. 171/177).

Não é então insignificante o silêncio dessa doutrina sobre a contraface da submissão do indivíduo à Administração, como um dos termos da relação jurídica administrativa. Não é irrelevante a ausência de menção a princípio, um só que fosse, vocacionado para a tutela do indivíduo contra desvios ou abusos de uma estrutura e de uma função que somente encontram justificativa no propósito de servi-lo, e em seu regime de vida compartilhada. Evidencia-se aí uma velha e sugestiva tentação de encarar o Direito Administrativo pela perspectiva da autoridade, do mando, antes que da sujeição, e que tem contaminado inclusive muitas das melhores páginas de doutrina. Essa tendência impressiona tanto mais quanto se tem em conta a História Política desse Direito, sem cuja consideração tudo será absurdamente falso. A propósito, vale a pena lembrar: “... até que ponto teorias jurídicas equivocadas são raras vezes inócuas; todas conduzem a efeitos graves e injustos “. (Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, in *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, pág. 373) .

Deveras, em tempos de exaltação do absolutismo, o que se tinha como boa, firme e valiosa, era uma concepção do Direito ajustada ao espírito do tempo, fosse no tocante à origem, à forma de expressão, fosse no relativo à sua finalidade. Originário do Monarca e expressado quer em normas gerais quer em atos de sua particularização, que não o obrigavam, o Direito servia ao propósito de glorificar o Estado personificado no Soberano, a quem se chegava a atribuir a singular posição de representante de Deus na Terra, o que explicava as contemporaneamente desusadas fórmulas da onisciência do governante, de quem se dizia não podia errar ou querer mal aos súditos. Sabe-se que desde os revolucionários franceses a concepção absolutista veio a ser substituída, e de tal modo, que a origem de todo o poder deslocou-se para o povo, cuja vontade geral era expressada em forma de lei, obrigatória assim para governados como para governantes e, enfim, que o fim almejado não estava senão na intransigente defesa da pessoa humana, elevada da sua condição de submissa para a de cidadã, que nascia e morria livre e igual em direitos. C

princípio era não só diferente, senão contrário, o contraponto exato daquele do regime decaído, na medida certa. A liberdade adquiriu composição de regra geral e só admitia os temperamentos confortados na lei como expressão do querer coletivo. Leia-se:

“ I- Os homens nascem e ficam livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundamentadas na utilidade comum.

II-O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência do homem à opressão.

III- O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação; nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não emane diretamente dela.

IV- A liberdade consiste em fazer tudo quanto não incomode o próximo; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão nos que asseguram o gozo desses direitos aos demais. Esses limites não podem ser determinados senão pela lei.

V- A lei só tem o direito de proibir as ações prejudiciais à sociedade. Tudo quanto não é proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena.

VI- A lei é expressão da vontade geral... “ (*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*).

Ora, essas formulações acantonam-se inclusive na Constituição brasileira atual, que lhes confere cerimônias apenas reservadas a hóspedes de excepcional linhagem. Quem as ignora? Todo o poder emana do povo que o exerce por seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos constitucionais. Ou então: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Por derradeiro, a Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Neste inspirado esquema de relações, a exceção reside na autoridade, com a sua inevitável carga de limitações a uma situação de liberdade básica ostentada somente pelos indivíduos. Como tal, de compreensão e aplicabilidade estritas, na exata carência do bem comum. Como aceitar, na seqüência, que o acento tônico haja se deslocado da regra geral para a exceção, por forma a imprimir maior realce à função que a sua razão de ser - o indivíduo? Qual foi esse encadeamento de prodígios responsável por tão dramática transformação? Custa aceitar

que essa profissão de fé na Administração Pública, organismo servil e subalterno, freqüente com desembaraço o gabinete de homens de leis e ocupe posição sobranceira diante do que lhe confere legitimidade e utilidade, que são os valores fundamentais albergados no constitucionalismo brasileiro e personificados nos indivíduos, sem os quais não há nem sociedade, nem Direito.

Custa, porque historicamente inexata.

No Brasil, bem ao contrário da França, o modelo que preside as relações entre a Administração e o Judiciário foi recortado sobre moldes emprestados pelo figurino anglo-saxão, de predomínio dos juizes sobre os administradores, tendo estes que se valerem daqueles para a imposição das leis administrativas. Na França, a teoria da separação dos Poderes foi interpretada de modo a proibir o Judiciário de interferir nos assuntos administrativos, com o que se revitalizava surpreendentemente o aforisma de raiz absolutista, segundo o qual julgar a Administração continuava sendo administrar. O que se desejava, no ideário revolucionário, era uma separação entre a Administração e o Judiciário, inspirada no propósito de fazê-la operar com autonomia, sem os condicionamentos de uma intervenção judicial prévia, os órgãos administrativos não tendo que recorrer aos tribunais para a imposição das leis administrativas. No antigo regime, a lógica era impecável, posto que assim a Administração como a Jurisdição eram emanações de uma mesma soberania, personificada no monarca, inexistindo razões, pois, para a subalternidade da primeira à segunda. Ambas desfrutavam da mesma autoridade, em vista da sua matriz comum. Todavia, com a Revolução, a concepção jurídica alterou-se radicalmente. E, no entanto, o que se teve foi um retorno ao antigo estado de coisas: uma Administração fora do alcance do Judiciário. No mundo anglo-saxão, não aconteceu assim, apesar de paradoxalmente ter inspirado Montesquieu. Nestes domínios, a separação se fez para garantia da liberdade, que se acreditava unicamente resguardada nos juizes. O que se buscou foi livrar os juizes da influência do monarca, assegurando-se-lhes a necessária independência e autoridade, de modo que lhes fosse possível controlar a atividade dos agentes da Coroa. O que se afirmou foi, pois, a supremacia judicial, o sistema do *judicial control*. Dois modelos opostos, a formarem duas famílias jurídicas com fisionomias inconfundíveis. Um, o francês, conhecido como regime administrativo, ou do contencioso-administrativo, ou de dupla jurisdição, a administrativa e a judicial; e o outro, o anglo-saxão, chamado judicialista, ou judiciarista, ou de jurisdição única,

com uma só ordem de tribunais para o conhecimento e a decisão de todos os conflitos, quer envolvendo particulares entre si, que particulares e a Administração Pública. Vem a calhar o seguinte excerto: “ ...no judicialismo perfeito, os órgãos administrativos ficam dependentes a todo o momento da apreciação da juridicidade dos seus atos pelos tribunais que, a solicitação dos interessados e mediante processo sumário, podem emitir ordens ou mandados que os órgãos da Administração são forçados a acatar. “ (Marcelo Caetano, na obra *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, pág. 484).

Portanto, a interpretação que aqui se deu à teoria da separação dos Poderes não teve a inspiração francesa. Nada houve entre nós que se assemelhasse à Lei de 22.12.1789, sob cujos termos as funções judiciais ficariam separadas das funções administrativas, não podendo os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer maneira as operações dos corpos administrativos. É oportuna, neste ponto, a seguinte transcrição:

“Os constituintes tinham vivido essa experiência de um desviado governo dos juízes e quiseram resolutamente excluí-la adiante, tanto porque não respondia a um sistema viável nem objetivo de governo, quanto porque para eles se identifica de fato o estamentalismo nobiliário, como, enfim, porque naquele momento o poder era deles e não admitiam de bom grado que tivessem que facilitar o seu condicionamento ou limitar as possibilidades de conformação revolucionária que com o seu exercício abria-se para eles. No ditame da Assembléia de onde saiu a lei de separação que transcrevemos, declara-se: “A nação não tem esquecido o que se deve aos parlamentos; eles só têm resistido à tirania... A nossa magistratura estava justamente constituída para resistir ao despotismo; mas este já não existirá desde agora. Esta forma de magistratura não é, pois, necessária. “Como se vê, é explícita a intenção dos revolucionários de liberar o Poder Executivo, uma vez nas suas mãos, dos condicionamentos judiciais. “ (Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, no seu *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, págs.431/432).

Nenhum artificialismo, então, na existência de um contencioso administrativo ao lado de um contencioso judicial, de um processo administrativo em paralelo com um processo judiciário, de uma jurisdição administrativa de par com uma jurisdição judicial, de uma tutela administrativa convivendo com uma tutela judiciária. O sistema é logicamente coerente e assentado em uma Administração encaminhada para “ uma atuação

autônoma e juridicamente suficiente”, articulado sobre as bases de um recurso contencioso administrativo que assume ares de um pedido de impugnação de um ato ou regulamento já expedidos e cuja execução não suspende, o que acentua o caráter revisor dessa jurisdição que, ademais, não exerce sobre a Administração Pública os poderes da jurisdição comum sobre os demais sujeitos.

O que revela a História Política, na França, é uma trajetória que vai da identidade subjetiva entre Administração e a Jurisdição até o princípio da separação dos Poderes, interpretado este, porém, de modo substancialmente contrário ao que ocorreu na cultura jurídica anglo-saxã. Parece certo que o sentido originário desse princípio foi inteiramente subvertido no país europeu, onde “ O Poder Judiciário, cuja missão natural é dirimir os litígios declarando o direito, saía enfraquecido e diminuído desta prova” (Prosper Weil, no seu *Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1977, pág.12). A tal propósito, é particularmente interessante todo o Capítulo VIII, do livro de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Direito Administrativo*, traduzido para o Brasil em 1991, Ed. Revista dos Tribunais, que inspirou algumas das idéias até aqui expendidas.

Ora, essa experiência histórica em nada nos aproveita e, assim, é absolutamente inadequada para explicar as relações travadas entre a Administração e o Judiciário, no Brasil.

Não deixa, então, de ter um certo ar de mistério, ainda hoje, que, havendo optado pelo modelo anglo-saxão de jurisdição única, de predomínio dos juízes sobre os administradores, de monopólio da jurisdição pelo Judiciário, que desconhece a presunção de validade e a autotutela, ao menos como regra geral, o Brasil seja, no mais, profundamente influenciado pela doutrina francesa de Direito Administrativo, que passa a ser o nosso modelo de Direito comparado, ao qual recorreremos até com exagero, quando se sabe que são duas experiências radicalmente contrárias! Rigorosamente, só com redobradas e aturadíssimas cautelas se poderia recorrer ao sistema francês como método de interpretação, exatamente dada a dessemelhança dos modelos. Ou sequer se possa fazê-lo, a ter como razoável a opinião de Marcelo Caetano (expendida tendo em conta especialmente a realidade portuguesa, mas que bem se aplicaria ao Brasil, pela semelhança), para quem a legitimidade do recurso à doutrina estrangeira está condicionada ao concurso das seguintes condições : a) identidade de sistemas administrativos; b) compatibilidade dos princípios

estrangeiros com o sistema jurídico nacional; c) analogia entre as circunstâncias do caso omissas a resolver e as condições sociais em que se produziram os fatos a que se aplicam os princípios formulados pelos autores estrangeiros. Tudo, sem esquecer que esses recursos só se justificam após esgotadas as pesquisas na literatura nacional (*Manual de Direito Administrativo*, Forense, 1ª edição brasileira, pág.122/123, sem o destaque do negrito).

Ademais dessa explicação histórica, que (já vimos) não nos serve, haveria alguma outra que pudesse levar a concluir em favor da transferência do ônus de acionar, ou mais genericamente de um tratamento do Estado em termos absolutamente contrários, e mais favoráveis, ao que se dispensa ao indivíduo perante os tribunais? Uma explicação dogmática? Qual ? A teoria da separação dos Poderes? O princípio da eficiência da Administração Pública? O princípio da legalidade ? Aqui, as coisas não são mais claras porque a doutrina é surpreendentemente lacônica, mesmo considerando a importância capital do tema.

Entretanto, parece evidente à razão que o princípio da separação dos Poderes depõe contra e não a favor da tese atualmente prestigiada, como agora se buscará demonstrar. Deveras. A Constituição brasileira de 1988, e isso não é segredo, inspirou-se sobremodo na Constituição portuguesa e na Constituição espanhola da atualidade, esta última especialmente clara e incisiva ao sonorar que “O exercício do poder jurisdicional, em qualquer tipo de causa, julgando e fazendo executar as decisões, compete exclusivamente aos julgados e tribunais determinados pelas leis, segundo as normas de competência e de processo que lhes estabeleçam (art.107, 3º). Aí, não há inquietação razoável: o exercício da jurisdição, o que significa que a atuação do Direito objetivo preordenada à composição de litígios, com o caráter de definitividade, dizendo o que, nos casos questionados, pois, é de justiça, esta função lhes é exclusiva, dos juízes e tribunais. Reforça-o o art.24.1, segundo o qual “ Todas as pessoas têm o direito de obter a tutela efetiva dos seus direitos e interesses legítimos pelos juízes e tribunais, não podendo em nenhum caso ser denegada justiça.

Não custaria que a Carta republicana nacional contivesse algo assim, da máxima explicitude. Infelizmente, não contém, o que surpreende, porquanto ao tratar da função legislativa, diz expressamente que esta cabe ao Congresso Nacional (44) e, da executiva, que cumpre ao Presidente da República (art.76). Contudo, deslizos do tipo são frequentes na Constituição atual*, comprometendo a qualidade do texto e muitas vezes enevoando-lhe a acertada apreensão (* Desenvolvidamente, no meu ar-

tigo “ Ação Civil Pública, Constituição Federal e Legitimidade Para Agir, na RTDP n. 14/67 a 77). Dai não se conclua, entretanto, que há lacuna, omissão, silêncio embaraçoso, o que seria precipitado e grave. Realmente, em primeiro lugar, a Constituição faz profissão de fé no credo da separação dos Poderes (art.2º) , o que já é significativo, nada obstante não tenha repetido a Constituição de 1824 que, em tom solene, proclamava que “A divisão e a harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece (art.9); em segundo, estatui sem meias palavras que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). A combinação dos dois dispositivos é suficiente para definir a lógica interna do regime, imprimindo-lhe racionalidade. Não se tem como separar Poderes sem que se separem (ou distribuam) funções, funcionando a Constituição como “ um instrumento eminentíssimo de partilha de atribuições “ , muito embora sem caráter de exclusivismo, de tal modo que a cada Poder correspondesse uma função da qual os demais estivessem radicalmente excluídos. Por via de consequência, e em reverente obséquio à razão, a regra constitucional que assegura o acesso ao Judiciário e a submissão ao seu controle (art. 5º, XXXV) é a mesma que atribui a jurisdição a seus órgãos, os juízes e tribunais (art. 109, incisos I a VII). E a exemplo do que aconteceu com o Mandado de Segurança, cujo âmbito de cabimento veio a ser delineado por exclusão daquele do *Habeas Corpus* e do *Habeas Data* (art. 5º, LXIX), a Constituição serviu-se da mesma técnica para conectar jurisdição a Judiciário. Aliás, também na distribuição de competências entre a União e os Estados fez uso de igual critério de atribuir por exclusão: “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição “(art.25, §1). Por último, atente-se a que “ ...a competência vem rigorosamente determinada no Direito Positivo como condição de ordem para o desenvolvimento das atividades estatais e, também, como meio de garantia para o indivíduo que tem na sua discriminação o amparo contra os excessos de qualquer agente do Estado. “ (Miguel Seabra Fagundes, sem o negrito no original).

O esquema é portanto de simplicidade franciscana. Identificados os dois momentos da atividade jurídica do Estado - o da formação do Direito e o da sua realização -, reservou-se ao Judiciário a atividade básica de julgar, entendida na conhecida fórmula de “aplicar a lei contenciosamente “. Não se está dizendo com isso que à função adminis-

trativa seja estranha, totalmente estranha, a participação no processo de realização do Direito. Em absoluto. O que se está dizendo é que a jurisdição é exclusiva do Judiciário desde que é neste individualizada com as características do momento de exercício (contenda) do modo com que se exercita (interpretação definitiva da lei) e, por derradeiro, do fim visado (o trancamento de uma situação jurídica litigiosa, restaurando-se a normalidade jurídica), conforme doutrina recolhida em Miguel Seabra Fagundes e que entre nós fez fortuna (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Forense, 5º edição, págs. 14/15). Sem dúvida, a Administração decide, incidindo sobre situações jurídicas de terceiros, mas nunca com as características da jurisdição, ou se preferirem, da jurisdição judicial. Nem os seus poderes, quaisquer deles, lhe são configurados para esse fim, pois que não lhe cumpre restaurar a paz jurídica, a prevalência do direito objetivo, que isso é atribuição do Judiciário; o que lhe toca é “servir com objetividade os interesses gerais “ (fórmula usada pela Constituição espanhola). Leia-se:

“Quando qualquer um, na coletividade, se opõe ao cumprimento da regra jurídica, obstinando-se em lhe recusar obediência, cria, com isso, um embaraço ao regular funcionamento do organismo estatal. O Estado vence essa anormalidade restaurando a ordem legal através da coação, que exerce sobre a vontade insubmissa, impondo-lhe obediência ao cânone legislativo, cuja inteligência fixa definitivamente. Tais situações podem originar-se seja de atitude do indivíduo recusando obedecer à lei, impugnando-a por injusta, por irregular, ou por entender não abrangido por suas disposições, seja de procedimento dos próprios órgãos estatais (Legislativo e Executivo), violando os limites prefixados no Direito Positivo à sua atividade. Num caso como no outro, se resolvem pelo exercício da função jurisdicional, que restaura a legalidade, clima normal na vida do Estado. O seu exercício pressupõe, assim, um conflito, uma controvérsia, ou um obstáculo em torno da realização do Direito e visa removê-lo pela definitiva e obrigatória interpretação da lei.” (Miguel Seabra Fagundes, ob. cit. págs. 9,10 e 11).

Segue-se daí, e mais não é necessário, o erro de querer-se, à guisa de princípio geral, conformar o ato administrativo à imagem e à semelhança da sentença, predicando-lhe atributos estranhos à função que especifica.

Nem se argumente, como a gosto de alguma doutrina, com implicitudes ou inerências, ressuscitando um esoterismo só acessível a iniciados, para dizer ora que está implícito no ordenamento jurídico c

sistema de autotutela fundado na presunção de validade, ora que é inerente à Administração, uma qualidade que lhe é conatural. Em primeiro lugar, porque não se há de admitir implicitudes e inerências onde há preceito expresso em contrário (art.5º, XXV) que não distingue entre os sujeitos que ameaçam ou lesam efetivamente direitos, para incluir uns e excluir outros, sobremais quando topograficamente localizado em capítulo assecuratório de direitos subjetivos públicos, oponíveis ao Estado, no seu sentido mais amplo. Em segundo, porque princípios implícitos à Constituição só tolera quando decorrentes da índole do regime ou de outros princípios que consagra, como se extrai da leitura do seu §2º do art.2º. Ao depois, o princípio da separação dos Poderes vem sendo invocado exatamente para uma submissão cada vez mais estrita da Administração aos juízes e tribunais, no qual se acha comportado o controle prévio e não só a impugnação deduzida *ex post facto*. Enfim, em um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania popular e no esquema de separação de Poderes, a Administração não tem poderes inerentes, consubstanciais, conaturais, resultantes da sua própria autoridade, mas tão somente os que a lei, como expressão do querer coletivo, lhe outorga. Nada mais.

A separação de Poderes, portanto, testemunha em detrimento e não em proveito da doutrina tradicional. Melhor resultado seria obtido com a invocação do princípio da eficiência? Nada sugere que sim. Em primeiro lugar, porque a eficiência não se pode sobrepor à separação de Poderes na ordem de importância dos princípios. Salta à vista que este último é princípio estruturante do Estado brasileiro, cláusula de eternidade exatamente porque insuscetível de supressão por emenda constitucional, atributos ausentes naquele. Em segundo, porque conectar a eficiência à autotutela seria o mesmo que reconhecer ineficiência ou ineficácia a administrações do tipo anglo-saxão, o que desborda e muito da razoabilidade. Deveras, o Direito tem meios de assegurar a prevalência ordinária do interesse público sobre o privado sem que necessariamente isso envolva no geral tratamento mais benigno à Administração. Processos sumários ou sumaríssimos resolveriam a maioria dos casos, sem que se afastasse a assistência prévia do juiz.

Sentença de 9 de dezembro de 1955, do ilustre juiz Dínio de Santis Garcia, confirmada, embora com menor amplitude, por unanimidade de votos do Tribunal de Justiça de São Paulo, destacou em apurada síntese , já àquela época, que ao Município, e de resto às outras pessoas de direito público nenhuma lei conferia o poder de promover, *ex autoritate propria*, a execução forçada dos atos administrativos dele emanados, especialmente

a demolição de prédio particular. E ainda quando houvesse, teria sido editada *ultra vires* e, pois, sem nenhum valor, isso porque o monopólio da jurisdição no Brasil é do Poder Judiciário e o único processo legal para a demolição de prédios que contravenham à lei é o previsto no Código de Processo Civil para a ação cominatória. Nem mesmo socorreria o Município o devido processo administrativo, pois “...não pode ser legal um processo que começa por usurpar funções exclusivas, privativas do Poder Judiciário. Pois é princípio básico do moderno Direito Constitucional o da unidade de jurisdição... As exceções devem vir consignadas na lei constitucional “. (sem o negrito, no original, na *Revista de Direito Administrativo*, 48/306).

O princípio da legalidade também não socorreria o que se vem combatendo. Se mais não fora, pela simples razão de que atualmente significa que a Administração pode fazer apenas o que lhe é legalmente permitido, excluída assim a antiga idéia de raiz absolutista da vinculação negativa pela vinculação positiva à lei. E já foi demonstrado que lei alguma lhe dispensa ordinariamente regime jurídico mais favorecido, até porque a tanto se opõe a Constituição Federal.

Considere-se mais em desfavor da tese ora dominante. Considere-se que entre os valores assumidos como dignos de proteção jurídica pelo ordenamento, a partir da Constituição Federal, está a segurança. É de valor reforçado que se cuida, de valor supremo, acima do qual não existe qualquer outro. Este perfil lhe resulta do preâmbulo constitucional, ao qual não se há de negar virtude normativa, ou privar de conteúdo juridicamente estimável, reduzindo-se-lhe a dignidade ao de um rosário de promessas sem nenhum préstimo aos olhos do Direito. Entretanto, ainda quando não fosse assim, o art. 5º, caput, garante a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos que enuncia (e aí a segurança reaparece, desta feita como direito fundamental da pessoa humana, imune mesmo à emenda constitucional), abstraída a nacionalidade, alcançando inclusive o apátrida. Direito da pessoa humana por declaração ainda mais explícita do art. 4, II, e do art. 34, VII, alínea b.

Parece evidente que segurança, nos versículos constitucionais é sobremodo ausência do emprego descentralizado da força física na composição dos eventuais conflitos de interesses, entregues à responsabilidade de órgãos estatais que para tanto receberam especial habilitação da ordem jurídica. Segurança, portanto, que é mais do que aquela assegurada

ao preso, como direito à integridade física e moral (art.5º, XLIX). Esses órgãos são os do Poder Judiciário, enumerados exaustivamente no art. 92, incisos I a VII. Isso significa que, no Brasil, é assegurado a todos, sem exceção de nenhum, que a função de dizer se em dada situação houve ou não ofensa ao direito é retirada dos envolvidos diretamente no conflito e entregue ao Estado, atuando por esses qualificados círculos abstratos de competência, os órgãos judiciais. Atividade de jurisdição, pois, que não se confunde com qualquer das formas de Administração: ativa, consultiva, verificadora, de controle ou contenciosa. E, como ficou dito linhas atrás, a Constituição não distingue entre conflitos de interesses públicos e privados. Todos caem na vala comum do art. 5º, XXXV. Se é a Administração que se sente lesada ou ameaçada em seu direito de atuar em proveito do interesse público, diante de resistência que lhe opõe o particular, com ou sem razão, o que lhe toca, para remover a objeção, é trilhar os caminhos que levam ao Judiciário e não interferir impositivamente na esfera jurídica alheia, constringendo o administrado a mudar de posição no processo e agravando-o com a transferência do ônus de acionar. Nada, rigorosamente nada a autoriza, de modo geral, a resolver unilateralmente sobre a legitimidade do seu título e a fazê-lo cumprir por seus próprios meios, diante do conflito instaurado, pois esse é papel reservado ao Judiciário. Não é escusável, neste ponto, recordar que sobre o esquema da separação de Poderes a Constituição deixou clara a possibilidade de o Judiciário exercer legislação, função de editar normas gerais, quer quando pronuncia a inconstitucionalidade das leis em abstrato, quer quando, em ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, decide com força obrigatória para todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, sem excluir a competência para a elaboração de regimentos internos. Veja-se que, compondo hipóteses de exceção à atividade típica do Legislativo, receberam menção explícita da Constituição, o que em momento nenhum ocorreu com o reconhecimento da transferência do ônus de acionar, evocativo de uma autotutela administrativa ao lado de uma tutela judicial.

Nenhum tratamento mais benigno foi dispensado ao Estado, quando no exercício da função administrativa, pelo que, ao deparar-se com resistência do administrado acerca de uma sua pretensão, cumprir-lhe-á de ordinário afastá-la pelos meios normais e, pois, com recurso ao Poder Judiciário, ao qual caberá aferir a legitimidade do título que a fundamenta. Conquanto óbvio, lembre-se que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E não há lei, nem pode

haver, excepcionando a tutela judicial prévia, heterotutela, em proveito da autotutela administrativa, como suposto princípio geral, fundado em presunção de validade do ato administrativo. Agregue-se que a Constituição Federal elege a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, qualificando-a como princípio fundamental, incompatível com uma presunção que o deprime ao invés de exaltá-lo perante o Poder Público. Mais ainda: o princípio da dignidade da pessoa humana tem a compostura de superlativo dos princípios, abstração feita obviamente ao da inviolabilidade do direito à vida. E como se acha indissolúvelmente ligado à forma de Estado (nele declaradamente esforçado) e aos direitos e garantias individuais, posto que seria aberrante conceder dignidade a quem vida não possuísse, ou então vida indigna, está a salvo inclusive de emendas constitucionais (art.60, §4º, I e IV). É também de valor supremo que se cuida, conforme resulta do Preâmbulo do qual já se disse possuir valor normativo. A respeito, na França, a musa inspiradora de acreditados administrativistas nacionais, nada obstante a excepcionalidade da decisão do Conselho Constitucional, chegou-se a declarar, por iniciativa do presidente do Senado, “não conformes à Constituição, por serem contrárias aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República e solenemente reafirmados pelo Preâmbulo da Constituição, determinadas disposições de uma lei relativa à liberdade de associação (decisão de 16 de julho de 1971) “, consoante notícia trazida por Prosper Weil, no seu *Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1977, págs. 20/21, sem o destaque do negrito, no original. Mais ainda: “Dentre as fontes de legalidade, algumas estão fora da Administração e impõem-se a todas as autoridades administrativas, sem que nenhuma delas tenha o poder de as revogar, modificar ou derrogar. É o caso de a) ...; b) A Constituição e o seu Preâmbulo “ (mesmo autor, ob. Cit., págs. 117/ 118).

Resulta daí que a proibição de tratamento desumano ou degradante (art.5º, III); da prática do racismo (art.5º, inciso XLII); da imposição de penas cruéis (art.5º, inciso XLVII, alínea e); e a imposição de respeito à integridade física e moral do preso (art.5º, inciso XLIX), nada mais são além de emanações pontuais, avulsas, desse princípio de linhagem nobre, de capa e espada. É o que acontece também com a presunção de inocência ou de não-culpabilidade, na conhecida fórmula de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória “(art. 5º, LVII). Mesmo o acusado de crime hediondo,

insuscetível de fiança, graça ou anistia, mesmo esse, não está excluído da presunção, que somente cede mediante sentença penal condenatória transitada em julgado. E nem se descuide de observar que os direitos e garantias fundamentais são assegurados a brasileiros e estrangeiros residentes no país, e não à Administração Pública. Vale a pena a seguinte transcrição:

“Ora, se a lei estadual determinou sua aplicação a servidores públicos desde o momento anterior ao de sua entrada em vigor, não pode a Administração Pública pretender não aplicá-la sob a alegação de ofensa a direito adquirido seu (art.5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal), porquanto, integrando ela o Estado, não tem ela direito a uma garantia fundamental que é oponível ao Estado e não, - como ocorre em geral com as garantias dessa natureza, a ponto de em face dado direito alemão, SCHLAICH (...) dizer que as pessoas jurídicas de direito público não são capazes de ter direitos fundamentais - a ele outorgada. “ (Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, unânime, em 24. 03.98, Diário de Justiça da União de 8/5/98, Rel. Min. Moreira Alves, sem o negrito).

Sendo assim, como inverter os termos do formulário constitucional para reconhecer à Administração a formidável prerrogativa da transferência do encargo de acionar, que a deixa em situação de vantagem perante o indivíduo ? Especialmente quando se constata que em nenhuma cláusula constitucional vem explícita tal deferência em proveito dela? Tem cheiro e sabor de contra-senso dos mais acintosos dispensar-se ao acusado de crime, qualquer crime, o deslocamento para ao Estado do ônus de provar-lhe a materialidade e a autoria e, de revés, gravar-se o indivíduo, sobre quem não pesa o estigma de semelhante e desonrosa increpação, a incômoda e difícil incumbência da prova contra a Administração. Coisa estranha, essa: nas relações jurídico-administrativas, quem é presumidamente inocente é o Estado e os seus desmembramentos. Inocente da mentira, inocente do erro, inocente da ilegalidade, cumprindo ao indivíduo fazer prova contrária. E prova robusta, acima e além de toda dúvida razoável. Doutrina bizarra na sua inspiração e gravosa nas suas conseqüências, posto que degrada o cidadão de conduta irrepreensível, ao passo que dispensa tratamento de maior benignidade ao indigitado de crime, inclusive o hediondo...Ora, é evidente que se o acusado de crime goza da presunção de inocência por respeitosa reverência ao princípio da dignidade humana, com maior carga de razões há de reconhecê-la também a quem de crime nunca foi acusado. O contrário seria ir a conseqüências nunca desejadas, mercê de uma compreensão distorcida do fenô-

meno jurídico, decorrente de séria negligência ao aconselhamento de Demolombe, citado por Carlos Maximiliano: “*A interpretação das leis é obra de raciocínio e lógica, mas também de discernimento e bom senso, de sabedoria e de experiência.*” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, nona edição, pág.100).

Realmente, e bem refletidas as coisas, sem compromissos com idéias de raízes absolutistas ainda fincadas no solo da Europa Continental, não é aceitável que se mantenha o privilégio administrativo, se a dignidade não é direito oponível ao indivíduo e sim, bem ao contrário, ao Estado, inclusive quando no desempenho da função administrativa. Na tradicionalíssima doutrina, que ora se questiona, há vestígios claros da sobrevivência de esquemas autoritários de um regime decaído, inspirados na máxima “em favor do ato régio milita presunção de validade”, desconhecida do Direito anglo-saxão ao menos como princípio geral. Aqui, vem à lembrança o gênio de Ruy Barbosa: “*Essa presunção de terem (os Poderes Públicos), de ordinário razão contra o resto do mundo, nenhuma lei a reconhece à Fazenda, ao Governo, ao Estado (Oração aos Moços, pág.76)*. E também a cortante afirmação do Ministro Vítor Nunes Leal: “Parece que estamos necessitando, nessa matéria, de uma construção doutrinária que não institucionalize o arbítrio”, feita ao propósito do elementar direito de defesa perante a Administração Pública, inclusive no desfazimento unilateral de concessões (*Revista de Direito Público* /281). Sobremais desse vestígio autoritário, acrescente-se outro: o injustificado esquecimento de que se têm como excepcionais, quer inseridas no Direito Comum, quer no Direito Especial, as disposições hospedeiras de normas limitativas da liberdade bem como da vida, da segurança e da propriedade, que são os bens jurídicos tutelados no art.5º, caput, da Constituição Federal), das quais não se excluem nem aquelas inspiradas na higiene, no bem geral ou local (Carlos Maximiliano, ob. cit. págs. 229 e 231). E quem ignora que toda disposição excepcional se interpreta estritamente? Resulta na seqüência que, quando se pudesse falar de regime mais favorecido à Administração Pública, a mais valia teria que ser interpretada sem ampliações ou generosidades, e, pois, sem o caráter de princípio geral ou de atributo do ato administrativo.

Sob nova perspectiva, considere-se a liberdade assegurada ao indivíduo como direito subjetivo público oponível ao Estado. Sabe-se que a regra geral é a tutela da liberdade, de tal modo que, na dúvida, é em seu favor que se decide. Com efeito, prevaleça a doutrina do direito natural, perante a qual os homens nascem livres e iguais em direitos, prevaleça o

positivismo jurídico, que a recusa, haverá sempre uma esfera livre de toda a ingerência, uma ausência de prescrições que obriguem a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, configurando-se com isso o mínimo de liberdade a que aludia Kelsen, na sua *Teoria Pura do Direito*. É conhecido o seguinte trecho: “ ... *Na medida em que a conduta de um indivíduo é permitida - no sentido negativo - pela ordem jurídica, porque esta a não proíbe, o indivíduo é juridicamente livre*” (Armênio Amado, Editor, Sucessor Coimbra, 3º edição, pág.72). Em essência, esse é o princípio enunciado no art.5º, inciso II da Constituição Federal. No caso, bem se admite que esse direito de liberdade signifique que o indivíduo está livre do uso da coação por outra pessoa, qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que não o Estado.

Ou seja: nenhuma norma válida impõe ao indivíduo o dever de suportar que a Administração Pública incida unilateralmente sobre a sua esfera jurídica, constringendo-o com o deslocamento do ônus de acionar. De sorte que a sua segurança, em que se exprime tal liberdade, apenas admite exceções fundadas em menção explícita de alguma situação cujo resguardo seja incompatível com o recurso prévio às vias judiciais, desde que cumpridamente demonstrado, como no caso do uso administrativo de bens da propriedade privada para atender a iminente perigo público (art.5º, XXV). Em casos desse jaez, a iminência do perigo afastaria irremissivelmente a assistência judicial antecipada. Pelo que a ordem jurídica tolera situações em que cada um possa defender pelos seus próprios meios a sua esfera de interesses, desde evidentemente que o faça com moderação, com o que consente a autotutela , ou autodefesa. **Nada porém que signifique uma presunção de validade dos atos administrativos, determinante da transferência do ônus de acionar.** Aqui, não se defere mais à Administração do que ao indivíduo. Na verdade, nenhum mal haveria em dizer que a ordem jurídica busca dispensar tratamento igual a situações idênticas. Do contrário, o que restaria seria a discriminação injustificada, desarrazoada e censurável. Se o bem ou o valor está em situação de risco que não pode ser evitado ou impedido de propagar-se salvo por uma atuação imediata e autônoma do seu titular ou de quem o administre, então, não teria o menor cabimento liberar-se o indivíduo e tolher-se o Estado-Administração. O fundamento é, portanto, outro que não a presunção de validade. Algo assim como uma atuação necessitada, ou em estado de necessidade, ou em legítima defesa ou no exercício regular de um direito, a única capaz de evitar a irrupção ou a propagação de danos à coletividade. Insisto: a ordem jurídica compõe um

esquema de proteção e defesa de direitos, subjetivos privados ou públicos, não importa.

Desse esquema fazem parte, ordinariamente, a invocação de proteção ao Estado, que a deve prestar por órgãos próprios e meios específicos, e, extraordinariamente, a defesa pessoal ou autodefesa. Esta, por ser excepcional, por configurar situações de exceção ao regime normal, tem expressa previsão legal e suas manifestações mais conhecidas são a legítima defesa, o estado de necessidade (este cai como luva encomendada, porque implicando em fazer prevalecer um interesse de maior valor sobre um de menor, na impossibilidade da sua coexistência, garante a supremacia do interesse público sobre o meramente individual) e o exercício regular de um direito, com o que retira-se o caráter antijurídico da atuação que, sob diversas circunstâncias, seria ilícita. Assim, por exemplo, c desforço imediato, atribuído por lei ao possuidor turbado ou esbulhado. Contudo, vale a repetição, a proteção dos direitos se dá comumente por via de um processo instaurado mediante a propositura de ação adequada, um pedido de tutela judicial ao Estado para obrigar outro a um comportamento conforme ao Direito. É de direito de ação que se trata, pois. E esta ação é apresentada a órgãos do Poder Judiciário aos quais a Constituição reserva competência para a solução dos litígios (art. 5º, inciso XXXV). Quem a deve propor é o titular do direito resistido e não aquele que resiste a pretensão. A partir daí, onde se encaixa o regime da autodefesa, com a transferência do ônus de acionar para o administrado, que se pretende atribuído como regra geral à Administração? Que dispositivo agasalha um regime diferenciado à Administração? Afinal, não é certo que (embora a propósito da iniciativa reservada do processo legislativo) o Supremo Tribunal Federal já assentou que matéria constitucional de direito estrito “não se presume, nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que...deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca” (sem o destaque em negrito, ADIN 724-6, no DJU de 27/4/20011)?

Sob diversa ótica, criam, observam e aplicam a ordem jurídica assim a Administração como os administrados. Em havendo uma presunção de validade para a Administração, isso significaria que para os indivíduos a presunção seria contrária? Sim, porque não é de privilégio ou prerrogativa que se trata? Estes estariam presumidamente praticando atos inválidos? Teria cabimento tal presunção diante de Constituição que tem como primeiro artigo de fé a dignidade da pessoa humana?

Agora, resumindo: a) a Constituição Federal enfatiza a separação

de Poderes como elemento característico do Estado Democrático de Direito; b) atribui ao Poder Judiciário o exercício da jurisdição em cujo âmbito se acha comportado, simultaneamente, o controle da legislação e da Administração; c) o exercício da jurisdição pelos órgãos judiciários demarca para os indivíduos uma zona de liberdade, expressiva de segurança, que os torna de ordinário livres de qualquer outra tutela diversa da judiciária; d) ao garantir o indivíduo com o exercício da jurisdição, a Constituição Federal o resguarda contra qualquer tentativa de a Administração fazer valer pelos seus próprios meios as suas razões, cuidando de defender-se por si mesma quando naquele encontre resistência; e) entretanto, como nunca é possível excluir totalmente a autodefesa, a Administração pode tutelar os seus próprios interesses sempre que seja este o único modo de satisfazer adequadamente os valores albergados na ordem jurídica como dignos de acatamento e resguardo; f) enfim, essa autotutela deverá estar expressa em lei, a exemplo do que sucede no Direito Civil e no Direito Penal com os indivíduos, tolerando-se que à falta de norma expressa se faça uso da analogia, como processo de integração do Direito.

Portanto, longe de ensejar aceitação pacífica, a presunção de validade (ou mais rigorosamente o deslocamento do encargo de acionar), e os seus consectários, inclusive o ônus da prova e a autotutela, hão de ser revistos e desqualificados como princípios gerais do Direito Administrativo brasileiro, ou atributo do ato administrativo, sobretudo quanto se tratar de impor sanções aos administrados. O mais que se pode condescender é com a sua aplicação em caráter excepcional e, ainda assim, quando previstas em lei e diante de situações comprovadamente incompatíveis com a natural demora dos trâmites judiciais, assim como ocorre com a requisição de bens de propriedade privada, diante de perigo público iminente, que é o caso do art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal.